

Sprint
FINAL
PGE-AL



**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

PDFFIGHT!



revisaopge.com.br

AVISO DE DIREITOS AUTORAIS

Prezado aluno, antes de iniciarmos nossos estudos de hoje, precisamos ter uma conversa séria. Trata-se do respeito aos nossos esforços na produção deste curso, a que temos dedicado todas nossas energias nos últimos meses.

Saiba que nosso objetivo é sempre oferecer o melhor produto possível e que realmente faça a diferença na sua caminhada rumo à aprovação. Mas, para que nós consigamos atingir essa meta, sua ajuda é imprescindível.

Então, sempre que algum amigo ou conhecido falar “será que você passa para mim aquele material do RevisãoPGE que você tem?”, lembre desta nossa conversa. Mais: lembre que o Extensivo 4x4 (assim como todos os nossos produtos) é tutelado pela legislação civil (como a Lei 9.610/98 e o Código Civil) e pela legislação penal (especialmente pelo art. 184 do Código Penal).

Para que não reste dúvida: este curso se destina ao uso exclusivo do aluno que o adquirir em nosso *site*, e sua aquisição não autoriza sua reprodução. Ok?

Sabemos que falar isso parece pouco amigável, mas só estamos tendo este “papo reto” porque queremos de você justamente um ato de amizade: não participar, de forma alguma, da pirataria deste curso. Se isso acontecer, o fornecimento das aulas a você será interrompido e nenhum valor pago será restituído, sem prejuízo, evidentemente, de toda a responsabilização cabível nos âmbitos civil e penal.

Bem, o recado era esse. Agora podemos voltar às boas e meter a cara nos livros!
Ops... nos PDFs!

Bons estudos!

PDFI

DIREITO CONSTITUCIONAL – AULA 04

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 1)

| | |
|--|-----------|
| CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 1) | 4 |
| ASPECTOS HISTÓRICOS | 4 |
| <i>Modelo austríaco (Hans Kelsen)</i> | 5 |
| EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL | 6 |
| FUNÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL | 7 |
| <i>Função clássica</i> | 7 |
| <i>Funções básicas</i> | 7 |
| ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE | 8 |
| <i>Quanto ao objeto</i> | 8 |
| <i>Quanto à natureza do vício</i> | 8 |
| <i>Quanto à extensão do vício</i> | 9 |
| <i>Quanto ao momento do vício</i> | 10 |
| <i>Quanto à forma de incidência do vício</i> | 15 |
| TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 15 |
| <i>Quanto ao momento/oportunidade do controle</i> | 15 |
| <i>Quanto à concentração</i> | 15 |
| <i>Quanto à natureza</i> | 16 |
| SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 16 |
| NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL | 17 |
| PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 17 |
| <i>Controle de constitucionalidade realizado com base em parâmetros estrangeiros</i> | 20 |
| SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE | 20 |
| MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO POLÍTICO | 21 |
| MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL | 22 |
| MECANISMOS DE CONTROLE REPRESSIVO POLÍTICO | 23 |

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (PARTE 1)

Esse é o tema de direito constitucional mais importante (e mais cobrado) para provas de concursos em geral, e será o objeto desta e de mais algumas aulas do curso.

ASPECTOS HISTÓRICOS

GRÉCIA (entre os séculos V e IV a.c.): havia o instituto da *Graphé Paranomón*, que era o antecedente grego (da Grécia Antiga) do controle de constitucionalidade pelo qual, acaso fosse aprovada na Assembleia do Povo (a Bulé) uma lei comum que fosse contrária às chamadas leis fundamentais (que eram leis ancestrais, divinas, imutáveis), qualquer do povo (qualquer cidadão) poderia acusar o proponente daquela norma e os que a aprovaram perante um tribunal de, no mínimo, mil jurados. Cuidava-se de um mecanismo que tinha alguma similitude com a nossa atual ADI.

PORTUGAL (em 1603): havia um instituto do Código Filipino. O Código Filipino, nessa época, previa que o Corregedor das Comarcas poderia declarar nula uma lei municipal, se essa lei fosse contrária a uma Ordenação do Reino. Aqui, portanto, há também uma ideia de hierarquia de leis (assim como havia no *Graphé Paranomón*).

Foi a Constituição norte-americana de 1787 que trouxe para o mundo a ideia de constituição escrita em sentido moderno, a ideia de constituição escrita que garante direitos, que organiza os Poderes etc. E essa constituição teve, dentre as diversas ideias que foram utilizadas em sua concepção, uma que interessa mais para o estudo do controle de constitucionalidade, qual seja: as decisões raras do povo que formam a Constituição, quando estão em choque com as decisões cotidianas dos governantes (dentre elas, as leis comuns), prevalecem. Há aqui a ideia de hierarquia de normas (hierarquia superior da Constituição – que é o conjunto de decisões raras do povo – em relação à lei comum). Porém, a Constituição dos EUA, ela própria, não trouxe nenhum dispositivo expresso de controle de constitucionalidade, sendo a

possibilidade de realização desse controle extraída implicitamente do texto constitucional.

■ No constitucionalismo norte-americano, o controle de constitucionalidade (chamado de *judicial review*) ocorreu pela primeira vez no chamado caso *Marbury Vs. Madison*, de 1803, que é considerado o marco o surgimento do controle de constitucionalidade como conhecemos hoje.

■ O modelo de controle de constitucionalidade norte-americano (o *judicial review*) é **judicial, repressivo, concreto e difuso**, e a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória e eficácia *inter partes* e retroativa (*ex tunc*). Além disso, nesse modelo, a lei inconstitucional é **nula** (“null and void”).

Modelo austríaco (Hans Kelsen)

■ Após o surgimento o controle de constitucionalidade norte-americano, surgiu o modelo austríaco (também chamado de kelseniano, por ter sofrido forte influência de Hans Kelsen), que possui as seguintes **características**:

■ Influência de Hans Kelsen na elaboração da Constituição austríaca de 1920 (e na reforma de 1929).

■ O controle, nesse modelo, é concentrado (entregue a um órgão determinado, mais precisamente, a um tribunal constitucional).

■ Não há caso concreto (a lei é examinada em abstrato).

■ Os efeitos são “erga omnes” (isto é, atingem todas as pessoas).

■ A lei inconstitucional é apenas anulável (ela não é nula).

■ A decisão que anula a lei inconstitucional possui natureza **constitutiva negativa ou desconstitutiva** (não é uma decisão declaratória).

■ Os efeitos da decisão são “ex nunc” (não retroativos) ou “pro futuro”.

EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

■ O primeiro modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil foi norte-americano (*judicial review*), que apenas foi introduzido em nosso ordenamento jurídico com a Proclamação da República, tendo sido tratado pelos seguintes diplomas:

■ **Decreto nº 510**, de 22 de junho de 1890, que veiculou uma **Constituição Provisória** (no Brasil, houve uma constituição provisória trazida pelo referido decreto, embora poucos façam referência a isso).

■ **Decreto nº 848**, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.

■ **Constituição de 1891** (foi a primeira constituição da República).

■ **Lei nº 221**, de 20 de novembro de 1894, que dispôs sobre a Justiça Federal.

■ Já o modelo concentrado (o modelo kelseniano ou austríaco), segundo a doutrina e as bancas de concurso, foi introduzido no Brasil pela **EC 16** de 1965, sob a égide, portanto, da CF/46 (marco inicial que deve ser adotado em prova). Essa emenda trouxe a **Representação de Inconstitucionalidade**, que foi a precursora da atual ADI genérica. Porém, na CF/34 já havia a previsão da **Representação Interventiva** (art. 12, §§ 1º e 2º, CF/34), que era uma medida judicial necessária para a intervenção federal (da União nos Estados).

■ O atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, formatado pela CF/88, é um **sistema misto**, pois reúne mecanismos do controle difuso e do controle concentrado.

FUNÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Função clássica

■ A função CLÁSSICA do controle de constitucionalidade é a salvaguarda da Constituição, para retirar do sistema (do direito positivo) todas as leis e atos normativos que violem a supremacia/soberania da Constituição. Cuida-se de uma atividade legislativa NEGATIVA, e o mecanismo principal dessa função é a ADI.

Funções básicas

■ As funções básicas do controle de constitucionalidade atual no Brasil, que coexiste com a função clássica, são as seguintes:

■ Impedir a subsistência no sistema de uma norma que viola a constituição (é a atividade legislativa negativa). Portanto, a função clássica do controle de constitucionalidade é uma de suas funções básicas.

■ Declarar a constitucionalidade de uma norma, o que é feito por meio da ADC.

■ Conferir aplicabilidade (“eficácia plena”) a todas as normas constitucionais. Para essa finalidade, existe a ADI por omissão.

■ Assegurar o cumprimento de um preceito fundamental, o que é feito por meio da ADPF.

ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto ao objeto

- Por **AÇÃO**. Nesse caso, há uma conduta comissiva que viola a Constituição.
- Por **OMISSÃO**. Nesse caso, há um ato omissivo que viola a Constituição.

Quanto à natureza do vício

Essa classificação apenas se aplica à inconstitucionalidade por ação, e pode ser:

Material (nomoestática): é a inconstitucionalidade que viola o CONTEÚDO da Constituição.

Formal (nomodinâmica): é a inconstitucionalidade que consubstancia uma violação à forma de elaboração da norma. Ela se subdivide em:

Orgânica: é aquela que deriva da incompetência do órgão legislativo que edita a norma.

Propriamente dita: é a que decorre de violação ao procedimento legislativo constitucional, podendo ser SUBJETIVA (vício de iniciativa ou OBJETIVA (vícios ligados ao procedimento legislativo)).

Sob a alegação de que essas emendas foram aprovadas mediante votos “comprados” pelo Poder Executivo, foi alegada, nas **ADIs 4887, 4888 e 4889**, a inconstitucionalidade dessas normas, e o STF, ao julgar essas ações (em 10/11/2020), firmou o entendimento de que um esquema de “compra” de votos dos Parlamentares é apto a gerar a inconstitucionalidade **formal** da norma, por violação ao devido processo legislativo constitucional,

pois este, que deve ser observado na elaboração de todas as espécies normativas (inclusive, evidentemente, das emendas constitucionais), compreende a observância dos princípios da moralidade e da probidade.

■ PGE **Por violação a pressupostos objetivos do ato:** é a inconstitucionalidade que se verifica quando a norma constitucional exige que a produção da norma somente ocorra quando verificados certos pressupostos. Essa inconstitucionalidade se verifica, por exemplo, quando a decretação de estado de sítio ocorre sem autorização do Congresso.

Quanto à extensão do vício

■ PGE Essa classificação se aplica tanto à inconstitucionalidade por ação quanto à inconstitucionalidade por omissão, e pode ser total ou parcial.

■ PGE A inconstitucionalidade por **ação total** é aquela em que toda a norma editada é inconstitucional, enquanto a **parcial** é aquela em que apenas parte da norma editada é inconstitucional.

■ PGE A inconstitucionalidade por **omissão total** é aquela em que a medida exigida pela Constituição é completamente omitida, enquanto a **parcial** é aquela em que a medida exigida pelo texto constitucional é adotada, mas não é suficiente para atender o comando constitucional.

■ PGE Nos termos do art. 12-B da Lei 9.868/99, a inconstitucionalidade por omissão também pode ser total ou parcial. Ela será total quando o ato necessário para dar efetividade à norma constitucional não for editado; e será parcial quando o ato houver sido editado, mas for insuficiente para a salvaguarda do direito constitucionalmente tutelado.

“Art. 12-B, Lei 9.868/99. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.”

Quanto ao momento do vício

Essa classificação apenas se aplica à inconstitucionalidade por ação, e pode ser:

Originária (que pode ocorrer por vício formal ou material): é aquela que se encontra na origem da norma.

Superveniente (que somente pode ocorrer por vício material): é aquela em que a norma nasce sem vício algum, mas, depois, por algum motivo, ela se torna inconstitucional. Cuida-se da chamada **inconstitucionalidade superveniente sob a ótica material** e pode envolver situações de **inconstitucionalidade progressiva**. Há três hipóteses (causas) de inconstitucionalidade superveniente discutidas na doutrina:

Inconstitucionalidade superveniente por alteração formal da Constituição. Essa hipótese, segundo a jurisprudência do STF, não caracteriza uma inconstitucionalidade superveniente, mas, sim, uma não recepção, a qual, inclusive, pode ser reconhecida com modulação da eficácia da decisão (RE 600885).

Inconstitucionalidade superveniente por alteração informal da Constituição (é a hipótese da mutação, da mudança hermenêutica). Essa hipótese é admitida na jurisprudência do STF.

Inconstitucionalidade superveniente por alteração da realidade fática: nesse caso, a lei nasce, havendo, em tal momento, uma determinada realidade fática, à luz da qual a lei

não é viciada, mas, depois, essa realidade fática muda e, por conta disso, a lei passa a violar o conteúdo da Constituição. Essa hipótese é admitida na jurisprudência do STF.

ATENÇÃO!

A hipótese de inconstitucionalidade superveniente por alteração formal da Constituição, de acordo com a jurisprudência do STF, NÃO CONFIGURA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE, mas sim **não recepção** (a lei nasce sem vício, mas a nova Constituição ou emenda não recebe essa lei anterior, por incompatibilidade de conteúdo). E há importantes consequências práticas disso, justamente porque o caso é de não recepção/revogação, e não de inconstitucionalidade. Assim, nessa hipótese, por exemplo, NÃO SE APLICA O ART. 97 DA CF/88 (regra da reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade), pois não se trata de inconstitucionalidade, mas sim – repito – de revogação por não recepção.

Perceba, no entanto, que, muito embora a não recepção de uma norma não se confunda com a sua inconstitucionalidade, o STF admite que, por analogia, aplique-se a modulação de efeitos (instituto previsto no nosso ordenamento jurídico para casos de reconhecimento de inconstitucionalidade) à decisão de não recepção. Isso foi decidido, por exemplo, no **RE 600885**, julgado em 09/02/2011.

Ainda, em relação a revogação/não recepção, não cabe ADI. Pode até caber ADPF, mas não ADI. O cabimento da ADPF se deve ao parágrafo único, I, da Lei 9.882/99, que permite a discussão, em sede de ADPF, de recepção/não recepção (revogação/não revogação):

“Art. 1º, parágrafo único, Lei 9.882/99. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:
I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição; (...)**”

■ Há, portanto, reflexos práticos do fato de que a alteração formal posterior da Constituição gera não a inconstitucionalidade, mas sim o fenômeno da não recepção ou revogação.

■ **ATENÇÃO!** Na jurisprudência do STF é comum encontrar-se a afirmação peremptória de que o STF não admite a inconstitucionalidade superveniente. E, muitas vezes, as questões de concursos dizem que isso é verdade. Mas perceba que isso é verdadeiro apenas para a primeira hipótese discutida na doutrina: o STF diz que, no caso da alteração FORMAL da Constituição (nova Constituição ou emenda), o vício daí decorrente não é de inconstitucionalidade (superveniente), consubstanciando, na verdade, revogação/não recepção.

■ Porém, em relação à mutação constitucional (mudança hermenêutica) e à alteração da realidade fática, a afirmação de que o STF não reconhece a inconstitucionalidade superveniente não é verdadeira, porque o STF tem falado em inconstitucionalidade superveniente ou progressiva nessas duas hipóteses (é a chamada inconstitucionalidade superveniente material ou inconstitucionalidade superveniente sob a ótica material). A Corte, assim, tem reconhecido expressamente, em algumas hipóteses, a existência de um **processo de inconstitucionalização progressiva** da lei ou ato normativo, inclusive mesmo depois de ele (STF) ter declarado a constitucionalidade dessa lei ou ato normativo (o STF tem dito que, se a constitucionalidade é declarada, isso não o impede de, depois, dizer que a lei se tornou inconstitucional em um processo de inconstitucionalização progressiva decorrente de mudanças fáticas ou jurídicas no campo da hermenêutica).

■ Nesse sentido, o STF, julgando a ADI 3937 (Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 24/08/2017), **reconheceu a inconstitucionalidade superveniente sob a ótica material do art. 2º da Lei Federal 9.055/99**, que permitia o uso de amianto na construção civil. No caso, a própria Suprema Corte, ao noticiar em seu sítio eletrônico a tomada dessa decisão, explicou que “o dispositivo em questão, diante da alteração dos fatos e conhecimento científico sobre o tema, passou por um

processo de inconstitucionalização e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988.”

PGE É possível, portanto, que uma lei anterior à CF/88 seja recepcionada por ela, mas, depois, por força de mudanças fáticas ou jurídicas (informais), venha a se tornar inconstitucional. Igualmente, é possível que uma lei surja já sob a égide da CF/88 e perfeitamente compatível com ela, mas, depois, pelos mesmos motivos referidos, torne-se inconstitucional.

PGE Quanto ao caso de a lei anterior à CF/88, recepcionada por ela e, depois, tornada inconstitucional por conta de mudanças fáticas e jurídicas, pode-se citar como exemplo o art. 68 do CPP, segundo o qual, o Ministério Público pode propor ação civil *ex delicto* em favor da vítima pobre (apesar de esse dispositivo ter sido recepcionado pela CF/88, o STF tem afirmado que ele se encontra em um processo de inconstitucionalização progressiva, porque, hoje, a defesa dos considerados pobres é atribuição da Defensoria Pública; porém, no momento da promulgação da CF/88, a Defensoria não estava estruturada [essa era a realidade fática na época] e, por esse motivo, era constitucional que o MP continuasse com essa atribuição, mas apenas até o momento em que a Defensoria Pública ficasse estruturada/organizada, quando então a lei passaria a ser inconstitucional). Esse entendimento foi adotado pelo STF, por exemplo, no RE 135.328, no RE 147.776 e no RE 341.717 AgR.

PGE Portanto, enquanto a Defensoria Pública não estiver bem estruturada, permanece em vigor o art. 68 do CPP. A expressão carrega consigo a ideia de tempo (é, portanto, uma mudança fática que ocorre no tempo), mas, nesse caso, também deve ser utilizada a expressão “onde”, que se refere a lugar. Portanto, a inconstitucionalidade/constitucionalidade de uma lei pode variar no TEMPO e no LUGAR. Logo, no mesmo dia (mesmo momento temporal), o art. 68 do CPP pode ser constitucional em um lugar (onde a Defensoria não esteja estruturada) e inconstitucional em outro lugar (onde a Defensoria já se encontre bem aparelhada e estruturada).

PGE Fato é que, conforme visto, pela jurisprudência do STF, uma lei que hoje é constitucional pode ir se tornando inconstitucional amanhã por conta de mudança

na realidade fática. Esse é o fenômeno chamado **inconstitucionalidade progressiva**, é o processo de inconstitucionalização, que pode ser reconhecido pelo Poder Judiciário, especialmente pelo STF, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso.

PGE A propósito, quando o STF julgou questão de ordem na ADC nº 1, o Min. Carlos Veloso asseverou que o julgamento da procedência da ADC (isto é, o fato de o STF dizer que a lei é constitucional) não impediria, em sua visão, que, no futuro, a mesma lei fosse objeto de ADI, por ter ela se tornado inconstitucional. Lembre-se, ainda, que os efeitos vinculantes da decisão do STF na ADC não atingem o próprio Plenário do STF, mas apenas os outros órgãos do Poder Judiciário (incluindo-se aí as Turmas do Supremo Tribunal Federal) e a Administração Pública de todas as esferas da Federação.

A questão da constitucionalidade superveniente e a convalidação de atos inconstitucionais por emendas à Constituição

PGE Considerando que, apesar da existência de emendas constitucionais convalidando atos possivelmente inválidos (ECs 42/2003 e 57/2008), a jurisprudência do STF não admite a constitucionalidade superveniente, pois, sempre que se refere a esse fenômeno, faz isso para rejeitá-lo, o mais seguro em provas de concursos, é sustentar a impossibilidade desse fenômeno.

PGE Nesse exato sentido, inclusive, posicionou-se o CESPE na prova objetiva do concurso para o cargo de Defensor Público do Estado de Alagoas realizado em 2017 (portanto, posteriormente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal que envolveram convalidações de atos inválidos por emendas constitucionais), no qual, foi considerada incorreta a assertiva segundo a qual o STF admite a *“constitucionalidade superveniente de lei ordinária originalmente inconstitucional, por meio de emenda constitucional posterior”*.

PGE Mas fica o **ALERTA**: quando você souber que o examinador da prova específica à qual você vai se submeter tem posicionamento no sentido de que a convalidação dos atos do poder público por emendas constitucionais caracteriza constitucionalização superveniente (como ocorreu na prova da residência jurídica da

PGE/AM 2020), siga a orientação do examinador, para evitar sua eliminação do concurso.

Quanto à forma de incidência do vício

■ Essa classificação apenas se aplica à inconstitucionalidade por ação, e pode ser:

■ **Antecedente** (ou imediata): é aquela que incide diretamente no dispositivo legal que viola a Constituição.

■ **Consequente** (ou derivada ou consequential): é o caso da inconstitucionalidade “por arrastamento” ou “por atração”. Essa hipótese envolve duas normas, sendo uma norma o fundamento de validade da outra, de modo que uma não tem razão de existir se a outra for retirada do ordenamento jurídico. Essa inconstitucionalidade pode ocorrer entre dispositivos de um mesmo diploma normativo ou entre dispositivos de diplomas normativos diferentes.

TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Quanto ao momento/oportunidade do controle

■ **Preventivo**: é aquele que incide ainda na FASE LEGISLATIVA.

■ **Repressivo**: é o que ocorre após a fase de elaboração da norma.

Quanto à concentração

■ Controle **difuso**: é o que é exercido por vários juízes e tribunais.

■ Controle **concentrado**: é o que é exercido por um único órgão (ele se concentra em um único órgão), como o STF, por exemplo.

Quanto à natureza

- **Controle concreto:** é aquele que é feito à luz de um CASO CONCRETO.
- **Controle abstrato:** é aquele em que o objeto do controle examinado EM TESE.

SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

- **Controle político:** é aquele exercido por um órgão de natureza política, que não é o Poder Judiciário.
- **Controle jurisdicional:** é o controle exercido por um órgão judicial (isto é, pelo Poder Judiciário).
- **Controle misto:** é p que reúne mecanismos do sistema político e do sistema jurisdicional de controle, podendo esse “mix” ocorrer por três motivos diferentes:
 - Pela **natureza da norma impugnada:** nesse caso, as normas gerais são entregues a um controle político e as normas locais são entregues a um controle judicial.
 - Pela **composição do órgão de controle:** o tribunal constitucional encarregado do controle tem uma COMPOSIÇÃO MISTA, sendo ele composto por juízes e por membros indicados por meio de um mecanismo político.
 - Pela **convivência de diversos tipos de controle:** é o caso, por exemplo, do modelo brasileiro, que conjuga mecanismos de controle político com mecanismos de controle judicial; mecanismos de controle preventivo com mecanismos de controle repressivo.

NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL

Há diversas correntes doutrinárias sobre isso. Para fins de provas de concursos, o que interessa são as seguintes correntes:

O ato normativo inconstitucional é **NULO** (teoria adotada no constitucionalismo norte-americano);

O ato normativo inconstitucional é **ANULÁVEL** (teoria adotada no constitucionalismo austríaco ou kelseniano); e

O ato normativo inconstitucional é **INEXISTENTE**.

No Brasil, adota-se, como regra, a teoria da **NULIDADE**, mas ela sobre temperamentos e cede espaço à teoria anulabilidade, por conta da possibilidade da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Parâmetro **SUPERIOR**: é a Constituição. É o chamado “bloco de constitucionalidade”, que, no Brasil, compreende: I) o texto vigente da CF/88; II) as disposições autônomas das emendas constitucionais não incorporadas ao texto principal da Constituição; III) os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5, § 3º, da CF/88; IV) os princípios, direitos e garantias fundamentais implícitos (mencionados no art. 5º, § 2º, da CF/88); V) o espírito e os valores da CF/88. O preâmbulo não tem natureza normativa e não integra o bloco de constitucionalidade. As normas constitucionais interpostas também não integram o bloco de constitucionalidade, pois eventual violação a elas caracteriza uma violação meramente reflexa à Constituição.

Parâmetro **INFERIOR**: pode ser uma **AÇÃO** (um fazer) ou uma **OMISSÃO** (um não fazer). Essa ação ou omissão pode ser algo normativo (isto é, do mundo do direito, como uma lei inconstitucional ou a ausência de elaboração de uma lei) ou algo material (isto é, uma atitude inconstitucional [como mandar prender alguém fora das hipóteses legais] ou algo que não foi feito e, por conta disso,

viola a Constituição, isto é, uma omissão inconstitucional [como deixar de oferecer vagas no ensino fundamental]).

PGE No Brasil, é possível afirmar – conforme a doutrina, a jurisprudência dominante e as bancas de concurso – que o nosso bloco de constitucionalidade (isto é, o nosso parâmetro superior de controle de constitucionalidade) é formado por:

1 – **O texto vigente da CF/88:** são as normas originárias da CF/88 e que ainda estão em vigor; as normas que foram acrescentadas pelas emendas constitucionais; as normas que foram acrescentadas pelas emendas constitucionais de revisão.

2 – **As disposições autônomas das emendas constitucionais não incorporadas ao texto principal da Constituição:** há disposições constitucionais que não foram incluídas no texto principal da Constituição, permanecendo nas emendas constitucionais de forma autônoma (embora isso não ocorra em todas as emendas, há algumas em que é possível verificar a existência dessas normas não incorporadas ao texto principal da Constituição).

3 – **Os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5, § 3º, da CF/88 (os quais são equivalentes às emendas constitucionais):** também integram o bloco de constitucionalidade.

4 – **Os princípios, direitos e garantias fundamentais implícitos (mencionados no art. 5º, § 2º, da CF/88):** segundo o art. 5º, § 2º, da CF/88, *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*, e isso também integra o nosso bloco de constitucionalidade.

5 – **O espírito e os valores da CF/88:** isso consta da ADI 595, relatada pelo Min. Celso de Mello, que fez constar isso em sua decisão monocrática, datada de 2002. Note-se, a propósito, que esse espírito e esses valores podem, inclusive,

estar referidos no preâmbulo da Constituição. **CUIDADO!** Lembre-se que o preâmbulo NÃO TEM FORÇA NORMATIVA POR SI SÓ, não pode ser fonte de declaração de inconstitucionalidade, não integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade. Porém, pode haver referência, no preâmbulo, a valores e ao espírito da CF/88, os quais integram o nosso bloco de constitucionalidade, conforme asseverou o Min. Celso de Mello em sua (já mencionada) decisão monocrática exarada no bojo da ADI 595.

Por outro lado, **não integram o nosso bloco de constitucionalidade** o que a doutrina chama de **NORMAS CONSTITUCIONAIS INTERPOSTAS**. O que são normas constitucionais interpostas? Isso foi explicado por Gilmar Mendes, ao proferir voto no julgamento da medida cautelar no MS 32033. Na palavras do Ministro, *“Zagrebelsky afirma, por outro lado, que, se as normas constitucionais fizerem referência expressa a outras disposições normativas, a violação constitucional pode advir da afronta a essas outras normas, as quais, muito embora não sejam formalmente constitucionais, vinculam os atos e procedimentos legislativos, constituindo-se normas constitucionais interpostas (Zagrebelsky, Gustavo. La giustizia costituzionale. Bologna, Mulino, 1979, p.40-41)”*.

O que ocorre é que há ampla jurisprudência do STF em sentido contrário ao que defende o Min. Gilmar Mendes. Assim, **a jurisprudência do STF entende ser incabível controle de constitucionalidade abstrato e concentrado (ADI), quando há violação apenas de norma interposta**. Entende a jurisprudência do STF que, nesse caso, há violação meramente reflexa ou indireta à Constituição. Nesse sentido, podem ser citados os precedentes da ADI 2122 e da ADI 2344 QO.

Portanto, **NORMAS CONSTITUCIONAIS INTERPOSTAS NÃO INTEGRAM O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**.

Controle de constitucionalidade realizado com base em parâmetros estrangeiros

É possível que o Poder Judiciário brasileiro realize controle de constitucionalidade com base em parâmetros estrangeiros? Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar uma hipótese excepcional de controle de constitucionalidade exercido a partir de normas estrangeiras: o caso da **extradição**, na qual, o STF avalia a compatibilidade entre a promessa de reciprocidade apresentada pelo país requerente (quando não houver um tratado de extradição) e a Constituição desse país. Isso ocorreu na **Ext 541**, julgada em 07/11/1992.

SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, há:

- Controle de constitucionalidade **preventivo e político**;
- Controle de constitucionalidade **preventivo e judicial**;
- Controle de constitucionalidade **repressivo e político**; e
- Controle de constitucionalidade **repressivo e judicial**.

ATENÇÃO!


Enquanto se está exercendo controle PREVENTIVO (seja ele político ou judicial), não há presunção de constitucionalidade do objeto do controle, porque a presunção de constitucionalidade é da LEI, e não de projeto de lei. Logo, não há presunção de constitucionalidade de anteprojeto de lei, de projeto de lei, de anteprojeto de emenda ou de projeto de emenda. Repita-se: a presunção de constitucionalidade é da lei já formada, já existente, de modo que ela só é considerada no controle repressivo, porque, por ocasião do controle preventivo, não há lei, mas apenas anteprojeto de lei ou projeto de lei.

MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO POLÍTICO

 Os mecanismos de controle preventivo político são os seguintes:

- 1) **CCJs (Comissões de Constituição e Justiça) das Casas Legislativas:** elas examinam se o projeto de lei está ou não em conformidade com a Constituição.
- 2) **Veto por inconstitucionalidade:** o Poder Executivo, ao examinar o projeto, sanciona ou veta, podendo o veto se dar por contrariedade ao interesse público ou por inconstitucionalidade (mecanismo preventivo e político de controle de constitucionalidade).
- 3) **Análise do Legislativo sobre o veto por inconstitucionalidade:** se ocorre o veto por inconstitucionalidade, o Legislativo analisa esse veto, o que consubstancia outro mecanismo de controle preventivo político de constitucionalidade.
- 4) **Rejeição de projeto de lei delegada por motivo de inconstitucionalidade:** como se sabe, na lei delegada, o Presidente da República pede a delegação ao Legislativo, o qual pode condicionar essa lei delegada a um exame pelo Parlamento, situação em que o Presidente elabora o projeto de lei delegada e o remete ao Legislativo, o qual, ao examiná-lo, pode rejeitá-lo por motivo de inconstitucionalidade.

ATENÇÃO!

 Lembre-se que, já que, no controle preventivo, não há presunção de constitucionalidade, em caso de dúvida sobre a compatibilidade com a Constituição, o projeto de lei deve, em um cenário ideal, ser rejeitado pela CCJ, deve ser vetado pelo Executivo e o Parlamento deve manter o veto, se este se der em razão de inconstitucionalidade (ou suspeita de inconstitucionalidade).

MECANISMOS DE CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL

■ O mecanismo de controle de constitucionalidade preventivo judicial no Brasil é o caso do mandado de segurança impetrado por Parlamentar em face da tramitação de projeto de lei ou de proposta de emenda à Constituição em determinadas hipóteses.

■ Em caso de **proposta de emenda**, o vício impugnado nesse mandado de segurança pode ser formal ou material (este, mais precisamente, tendente a abolir alguma cláusula pétrea, como prevê o art. 60, § 4º, da CF/88).

■ Em caso de **projeto de lei**, apenas vício formal (violação do devido processo legislativo) permite a impetração de mandado de segurança como mecanismo de controle de constitucionalidade judicial preventivo.

■ Segundo o STF, esse mandado de segurança:

■ Só pode ser impetrado **por parlamentar**, não por terceiro (MS 23328; MS 24667 AgR);

■ Visa corrigir **violação do procedimento formal constitucionalmente previsto** para a elaboração de leis ou emendas (MS 24667 AgR);

■ **Não cabe** se a violação é apenas de normas **regimentais** (MS 22503);


■ Quando se trata de **projeto de lei o controle é apenas formal**, não material (MS 32033);


■ No caso das **propostas de emenda, também é possível corrigir risco de violação a cláusula pétrea** (MS 20257; MS 24667 AgR); e


■ Deve ser **extinto sem julgamento de mérito caso o impetrante deixe de ser parlamentar**, por qualquer motivo (MS 33.444).


MECANISMOS DE CONTROLE REPRESSIVO POLÍTICO

■ É possível citar as seguintes hipóteses de controle de constitucionalidade repressivo político no Brasil:


 Art. 49, V, CF/88 (“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”).

 Portanto, se o Executivo edita um regulamento exorbitando dos limites de seu poder regulamentar, esse ato pode ser sustado pelo Congresso Nacional. Veja-se que não há dúvida de que esse dispositivo se refere a um controle REPRESSIVO, pois ele se refere a ATOS normativos, o que evidencia que se trata de atos já existentes, e não em mera fase de elaboração.

 Art. 52, X, CF/88 (“Art. 52, CF/88. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”). Após a abstrativização do controle difuso (Informativo 886/STF), essa hipótese ficou esvaziada como mecanismo de controle repressivo político de constitucionalidade.

 Essa competência do Senado Federal se verifica no controle DIFUSO CONCRETO, e não em caso de ADI e outros instrumentos de controle abstrato. Assim, se o STF, por exemplo em sede de recurso extraordinário, julga determinada lei ou ato normativo inconstitucional, essa decisão tem efeito meramente *inter partes*, mas o Senado Federal pode suspender a execução dessa lei ou ato normativo declarado inconstitucional, e o fará para todo mundo (isto é, com eficácia *erga omnes*).

ATENÇÃO!

 Atualmente, após o julgamento noticiado no Informativo 886/STF, a presente hipótese de controle repressivo político de constitucionalidade pode ter deixado de existir, mas essa questão será analisada em momento oportuno deste curso.

Art. 62, § 5º, CF/88 (*“Art. 62, § 5º, CF/88. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.”*). Essa hipótese, na verdade, representa um controle misto, pois trata-se de um controle repressivo em relação à medida provisória e preventivo em relação à lei que resultará da conversão da medida provisória).

Portanto, no exame da medida provisória pelo Legislativo, antes de apreciar o seu mérito, a Casa Legislativa fará juízo prévio do atendimento dos pressupostos constitucionais, o que consubstancia um controle de constitucionalidade repressivo e político.

(Im)Possibilidade de o Tribunal de Contas da União reconhecer a inconstitucionalidade: Súmula 347 do STF (*“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”*).

Ocorre que, em 13/04/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento final de mérito desses casos e superou a sua Súmula 347, passando a entender, em verdadeira guinada jurisprudencial, que o Tribunal de Contas não pode realizar controle de constitucionalidade, ainda que no desempenho de suas atribuições.

Seguindo a linha de raciocínio inicialmente adotada (de forma monocrática) pelo Min. Alexandre de Moraes, o Plenário da Corte entendeu que a possibilidade de o Tribunal de Contas exercer controle de constitucionalidade usurpa atribuição do STF (pois, embora a decisão seja tomada em um caso concreto, leva a Administração a afastar a aplicação da lei em todos os demais casos) e fere a separação dos Poderes. Nesse contexto, foi destacado no julgamento que a Súmula 347/STF foi editada antes da CF/88 e não se compatibiliza com a atual ordem constitucional.

Assim, atualmente, tendo em vista a adoção desse novo entendimento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, é seguro posicionar-se, em provas, no sentido da impossibilidade de Tribunal de Contas realizar controle de constitucionalidade. No entanto, é importante sempre ter em mente o teor da Súmula 347/STF, pois nada impede que as bancas examinadoras questionem a respeito desse enunciado ou mesmo exijam que o candidato aborde a evolução jurisprudencial nesse tema.

O ajuizamento de ADI: A própria decisão de mover ADI/ADC consubstanciaria, em si mesma, uma decisão vinculada ao controle de constitucionalidade: o Executivo ou o Legislativo ajuíza ADI/ADC porque reputa inconstitucional o ato atacado.

Revogação, pelo Poder Legislativo, de lei tida como inconstitucional: O Poder Legislativo, se entende que uma lei é inconstitucional, pode aprovar um projeto de lei revogando-a.

Retirada, pelo Poder Executivo, de atos normativos próprios tidos como inconstitucionais. Nesse sentido, a Súmula 346 diz que “*a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*”.

Não aplicação, pelo Poder Executivo, de lei tida como inconstitucional. Essa hipótese é admitida pela doutrina majoritária, pelo STJ e pelo STF, com base nos seguintes motivos:

1 – Todos os Poderes estão obrigados a zelar pela guarda da Constituição.

Como exemplo, se o Presidente da República, diante de uma lei inconstitucional, cumpre essa lei, ele viola o seu juramento do art. 78 da CF/88.

“Art. 78, CF/88. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter,

defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.”

2 – **A presunção de constitucionalidade das leis não pode ser tão forte a ponto de se sobrepor à supremacia da Constituição.** Em outras palavras, aplicar uma lei que a autoridade entende ser inconstitucional por força da presunção (relativa) de constitucionalidade dessa lei pode equivaler a negar aplicação à própria Constituição.

3 – **No Brasil, adota-se a teoria da NULIDADE como regra.** Assim, em regra, a lei inconstitucional é nula. Ora, se a lei inconstitucional é nula, ela não produz efeitos válidos, sendo, inclusive, a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade retroativa (ela opera efeitos *ex tunc*).

4 – **Não há sentido em obrigar o poder público a aplicar uma lei tida como inconstitucional,** pois nem mesmo o particular está obrigado a cumprir uma lei que ele repute inconstitucional (diante de uma lei que considere ser inconstitucional, o particular tem a opção de se recusar a cumprir essa lei, sujeitando-se às consequências jurídicas que podem decorrer desse comportamento, inclusive defendendo-se na esfera judicial ou administrativa, se for o caso, alegando que deixou de cumprir a lei por ser ela inconstitucional).